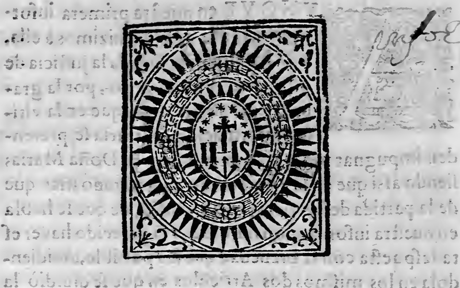


P O R

DOÑA MARIA DE SANDE y Meſa.

C O N

Don Franciſco de Eguiluz Herencia, Cauallero de la Orden de Santiago, como marido de D. Mariana de Meſa, y con D. Franciſco de Meſa, y conſortes.

Reſpueſta à la informacion contraria.

1 VNQVE en nueſtra primera informaciō, y en la adiciō q̄ hizimos a ella, eſtà baſtātemēte fūdada la juſticia de eſta parte: Sin embargo, por la grauedad del pleito, y porque en la vltima informacion contraria ſe pretenden impugnar todas las pretenſiones de Doña Maria; ſiendo aſsi que en la primera, no auia tratado mas que de la partida de los ocho mil ducados, de que ſe habla en nueſtra informacion num. 64. Ha parecido hazer eſta reſpueſta con la breuedad que ſea poſsible, diuidiendola en los miſmos dos Articulos en que ſe diuidiò la primera. Que el vno es, excluyendo la excepcion de coſa juzgada. Y el otro, fundando la juſtificacion de las pretenſiones de Doña Maria.

Primer Articulo.

2 El juſto miedo que la parte contraria tiene, de que Doña Maria ha de obtener en ſus pretenſiones, le debe de obligar a hazer tan porfiada inſtancia en la excepcion de coſa juzgada: pues para darle algun color, le ha parecido neceſsitaua de ſuponer en el hecho algunas coſas que no ſon ciertas, valiendoſe de no eſtàr expreſſadas en el memorial con la diſtincion, y claridad q̄ ſe debian auer pueſto: y aſsi aūque con lo que tenemos fundado en la primera informacion, y en ſu adicion, eſtà con tanta euidencia deſvanecida la dicha excepcion de coſa juzgada, que tenemos por cierto que los ſeñores Iuezes no auràn dudado della, nos ha parecido conueniente aduertir, en que coſas no ſe conforma la parte contraria con la verdad del hecho.

3 Supone D. Frācisco, q̄ quādo Doña Maria diò peticion ante el ſeñor Don Gregorio de Mendiçaual, pidiendo la declaracion de ſu ſentencia, tenia el dicho Don

Doñ Franciſco interpueſta apelacion en el Conſejo, y que quando ſe le diò traslado de la dicha peticion reſpondiò, que no eſtaua en eſtado para poder el ſeñor D. Gregorio hazer dicha declaracion.

4 Lo qual es incierto: porque la dicha ſentencia ſe diò en quinze de Iunio de 1641. y no ſe notificò a niñguna de las partes, ni haſta oy ſe ha notificado, conſta del proceſſo *pieça* 1. *fol.* 423. Y lo que ha ſuplido la notificacion de dicha ſentencia, fue, que en quatro de Iulio del miſmo año, la dicha Doña Maria ante el dicho ſeñor Don Gregorio Lopez de Mendiçaual diò la dicha peticion, confeſſando auer llegado à ſu noticia la ſentencia, y pidiò declaracion della. De que ſe diò traslado a la parte del dicho Don Franciſco, y reſpondiò, que lo oìa; y por no auer hecho contradicion, ni alegado coſa alguna, ſe le acusò la rebeldia, y ſe le citò para la viſta del dicho Articulo: conſta dicha *pieç.* 1. *fol.* 424. *y* 425.

5 En 3. de Agoſto ſiguiente, mas de 24. dias deſpues de concluſo el dicho Articulo, interpuſo el dicho Don Franciſco apelacion de la dicha ſentencia en el Conſejo, y pidiò ſe entregaſſe el pleito à Relator, y retuuo en ſi la mejora, ſin requerir con ella al Eſcriuano de Prouincia, ni citar à la parte de Doña Maria, ni haſta aora parece que con dicha mejora ſe aya hecho diligencia alguna, aunque deſpues ſe puſo en el pleito.

6 Y en 8. del miſmo mes de Agoſto ſe diò peticion por Don Franciſco ante el dicho ſeñor Don Gregorio de Mendiçaual, contradiziendo la declaracion pedida por Doña Maria, diziendo, que tenia interpueſta en el Conſejo apelacion de dicha ſentencia. Y deſta peticiõ ſe diò traslado a Doña Maria, ſin perjuyzio de la viſta, y determinacion del Articulo. A que ſe concluyò, y ſe boluiò à citar para la viſta. Con lo qual en 6. de Setiẽbre hizo el ſeñor don Gregorio la declaraciõ de ſu ſen-

ten

tencia. Y el mismo dia se notificò a la parte de D. Francisco, que respondiò, apelaua della, como consta *dict. pieça* 1. *fol.* 427. & 429.

7 Y en 7. de Enero de 642. quatro meses despues de hecha la dicha declaracion, se entregò el pleito en el Consejo. Y assi lo que se dize en el memorial impresso *num.* 136. en que se ha fundado la parte contraria, no està ajustado con los autos, pues por ellos consta, que quando por Doña Maria se pidiò la declaracion de dicha sentencia ante el señor Don Gregorio Lopez de Mendizaual, ni estaua notificada a las partes, ni por la contraria estaua interpuesta apelacion en el Consejo.

8 Esto se ha dicho ex abundanti; porque aunque fuera cierto el hecho, como en contrario se supone, y quando se pidiò la declaracion estuuiera interpuesta ya en el Consejo la apelacion de la sentencia, no importaua, por la doctrina *de Ant. Gabr.* citada en nuestra 1. *informacion, num.* 13. *in fin.* Y es tambien de *Guido Papa singulari* 349. *in fin.* ibi: *Et ex proximè dictis attende, & nota, quod iudex a quo potest suam sententiam declarare, non obstante, quod ab ea fuerit appellatum, &c. Petr. Barbos. in l. si quis intentione ambigua, num.* 106. & 107. *ff. de iudicijs*, ibi: *Quinimò potest facere prædictam declarationem postquam de eius sententia fuerit appellatũ; Emanuel Barbos. in remiss. ad ordin. Lusit. num.* 3. *tit.* 66. § 6. *vers. Bem apodera declarar, num.* 8. *Auilès in cap. prætor. in prœmio num.* 19. & 20. *fol.* 19.

9 Y a lo que se opone, que la declaracion, que el juez puede hazer de su sentencia, ha de ser dentro de 24. horas, y que por esto no fue valida la que hizo el señor D. Gregorio, *ex l. Paulus, ff. de re iudicata*; està respondido en nuestra primera informacion, *ex num.* 11. *vsque ad* 14. que la declaracion, de que se habla, *in d. l. Paulus*, es de declaracion, ò interpretacion extensiua, como quando queriendo el juez condenar en frutos, ò en costas se

omi-

omitiò por èl en la sentencia; pero la declaracion interpretatiua de las palabras dudosas de la sentẽcia, se puede hazer en qualquier tiempo, como alli fundamos latamente. A que se añade por expressa la *l.3.tit.33.par.7* ibi: *Otro si dezimos, que si en la sentencia ay algunas palabras dudosas, è obscuramente puestas, que la tal sentencia, que fuere dada por el Iuzgador Ordinario, que el mismo QVANDOQVIER, pueda espaladinar, è declarar aquellas palabras dudosas.*

10 Porque aquella palabra: *Quandoquier*, latinè *quandocunque*, comprehendit omne tempus, *DD. in l. Centurio, ff. de vulgari, & in l. precibus, ff. de impub. & alijs substitutio, Felinus in cap. cum accessissent de constitutio, Hondedeus cons. 55. num. 42. vol. 2. Surd. cons. 460. num. 58. y Gregor. Lop. in dic. l. 3. verb. Quandoquier*, dize, que se entiende durante su oficio, para lo qual cita à *Baldo*, y a otros.

11 Tambien se opone, que la declaracion solo tiene lugar, quando las palabras de la sentencia son dudosas, y obscuras, y que las de la dicha sentencia, no pueden ser mas claras. A que se responde, confessando lo primero, y negando lo segundo, porque la dicha sentencia tenia en si tal obscuridad, que obligò a doña Maria a pedir la declaracion, pues auiendo el señor don Gregorio reseruado para la separacion las pretensiones, que oy tiene deducidas Doña Maria contra el Mayorazgo, por la qual reserua se conoce, que no las quiso dexar determinadas, vt diximus en la primera informacion, *num. 6.* no era inteligible, ni aun parecia compatible el dezirse en la misma sentencia, que absoluia a las partes contrarias de todo lo pedido, y deducido por doña Maria, la qual no pedia cosa alguna a las partes contrarias, sino q̃ se declarassen los bienes por libres, que fue el intento principal de su demanda; y aun quando principaliter huuiera tambien deducido las pretensiones, que oy tie-

ne deducidas (que no lo hizo asi, vt diximus en la primera informacion, *num.* 14. *&* 15.) no era contra las partes contrarias, sino contra los bienes de sus padres: y assi no auia sobre que pudiessen caer aquellas palabras: *Y a ellos de todo lo pedido, y deducido por la dicha D. Maria.*

12 Y assi se conoce claramente, que fue cierto lo que el señor don Gregorio dixo en su declaracion, que auerse puesto en la sentencia las dichas palabras, auia sido, como clausula, que en determinacion de tantos articulos, y cosas, q̃ en el discurso del pleito se auiã deducido en los pedimientos suelen poner de estilo los Escriuanos que escriuen las sentencias, y semejantes clausulas, nihil operantur, nec debent attendi, *Bart. in l.* 1. *q.* 6. *in fine, ff. de iure codicillorum, Alciatus in l.* 1. *§. siquis ita, num.* 7. *ff. de verbor. obligation. Abb. in cap. quinta vallis, num.* 32. *de iure iurando,* plures relati per *Tiraquell. in l. si vnquam in principio, num.* 126. *C. de reuocand. donatio. & de iure constituti,* 3. *part. limitat.* 31. *nu.* 12. *Menoch.* 195. *n.* 24. & dicit communem *Couarruu.* 2. *p. rubrica de testament. num.* 14. & cum pluribus *Matienzo in l.* 1. *tit.* 4. *glos.* 10. *num.* 65. *lib.* 5. *Recop.* Y en nuestro caso procede esto mas llanamente, pues el mismo Iuez que dio la sentencia lo declarò assi; y nadie como èl podia saber la intencion que auia tenido en la determinacion de dicha sentencia.

13 A que se añade, que pues en las palabras antecedentes de la misma sentencia quedauan expressamente reseruadas estas pretensiones de doña Maria, para quando se hiziesse la separacion, las palabras siguientes puestas en el fin de la misma sentencia, de que absoluia a las partes contrarias de lo pedipo por doña Maria, no podiã comprehender a lo que expressamente, y en determinacion especial quedaua reseruado, *cap. cum dilecti, & ibi Cardinal. & Immola de donation. Bald. in l.* 1. *C. de le-*

legitimis hæredibus, & in l. in multis, ff. de statu hominum, & in cap. inquisitioni de appellation. Paulo de Castro, & Salicet. in l. 1. C. de liber. præteritis, Iasson in l. talis scriptura, num. 36. & 37. ff. de legat. 1. Gratian. disceptat. forens. cap. 795. ex num. 18. Menoch. cons. 114. num. 40. & numer. antecedenti, quod clausula non potest referri ad illa ex quorum relatione sequeretur correctio, & *cons. 181. numer. 8.*

14 Y porque a todo lo demas que sobre la dicha excepcion de cosa juzgada dize la parte contraria en su papel, està respondido, y plenamente satisfecho en nuestra primera informacion, y en su adicion, no nos detenemos mas en este articulo.

Articulo segundo.

Sobre la partida de la donacion de los 20ꝗ. *pesos de oro de veinte quintales, y lo procedido dellos.*

15 En esta partida hablamos en nuestra primera informacion desde el *num. 21. hasta el* 55. y aunque alli parece estaua bastantemente prouado la justificacion della, sin embargo, por ser la partida de mas importancia, y porque en ella no quede ninguna duda, se añade a lo dicho, la satisfacion, y respuesta a lo que se opone por la parte contraria.

16 Dize, que la dicha donacion la hizo el Dotor Sande por si solo, y que assi no fue valida, porque las escrituras de fundacion de mayorazgo, que hizieron èl, y doña Ana de Mesa, fueron irreuocables; y que aunque en ellas se reseruaron facultad para acrecentar, ò desminuir los bienes, y hazienda del dicho mayorazgo, y poner, y quitar qualesquier clausulas, condiciones, y grauamenes, *fue con tanto, que lo hiziessen ambos à dos de vn acuerdo, y conformidad, è no el vno sin el otro*, como consta

ra de la clausula puesta en la primera escritura, *memor. num.* 18.*fol.* 14.y en la escritura segunda,*memor.nu.*36. y en la tercera escritura,*memor.num.*50.*fol.*24.*B.*y que assi no auiendo interuenido entrambos marido, y muger en la dicha donacion, no pudo surtir efecto.

17 A que se responde. Lo primero, que al otorgamiento de ninguna de dichas escrituras no se hallò presente don Francisco Sande, primer llamado, ni otro alguno de los llamados al dicho mayorazgo; ni consta que al tiempo que se hizo la donacion estuuiesse aceptado el dicho mayorazgo por el dicho don Francisco, ni por otro de los llamados, siendo, como es cierto, que para q̃ la fundacion de mayorazgo sea irreuocable, es necessaria la dicha aceptacion, y que mientras no estè aceptado, se puede libremente reuocar, vt latè probat, & defendit *Molina lib.*4.*cap.*2.*ex nu.*60.*vsque ad* 67.a quien sigue el señor *Valençuel.cons.*63.*num.*20.alegando para lo mismo al señor *Couarruu.Gregor.Lopez.Iuan Gutier. Mieres,Burg.de Paz, Auendaño*, y otros, sequitur etiam *Morquecho de diuision.bonorum,lib.* 2.*cap.*6. *ex n.* 45.*Castill.tom.*5 *cap.*80.*num.* 12.*&* 16.*& cap.*93.§.8. *sub num* 16.*& cap.*151.*num.*13. Y la misma opiniõ tienen los *Addicionadores de Molina,ibid.num.*58. De manera, que qualquier pacto, ò juramento, de no reuocar; y las clausulas de constituto, y reserua de vsufructo, y qualquiera otras, puestas en dichas escrituras; en orden a su irreuocabilidad no pudieron obrar efecto alguno, faltando la dicha aceptacion, vt docet *Molin. ibid. præcipuè num.*64.*&* 66.

18 Sin que obste el dezir, que assi en la primera escritura de fundacion, *memor. numer.* 19.*fol.* 14.*B.* como en la segunda *dict.num.*36.*fol.* 18.*B.* los otorgantes pidieron que el Escriuano ante quien se otorgaron las escrituras las aceptasse en nombre de los interessados, y por el dicho Escriuano fueron aceptadas.

Por-

19 Porque se responde, q̃ la acetacion del Escriuano no es bastante, ni con ella se suple el defecto de la acetaciō del donatario, segun la mas verdadera, y mas comun opiniō, vt tenent *Paul. de Castro cons. 195. vers. His quæ narrantur in secundo dubio, nu. 2. vers. Ad quod breuiter, lib. 2. & cons. 117. Bart. in l. 4. §. hoc autem iudicium. nu. 3. in fin. vers. Credo tamen, quod non habebat, ff. de damno infecto, Bald. in l. nec ei, §. satis datio sub num. 9. ff. de adoption. idem Bald. in l. Pomponius, §. 1. vers. tene menti hanc glossam, ff. de procuratoribus, Alberico in l. illud, column. 3. sub numer. 20. C. de sacrosanctis Ecclesijs, Angelo cons. 73. differt. vers. Non obstat, quod Socin. in l. 1. §. si iusserint, numer. 11. ff. de adquir. possess. & cons. 53. Visso instrumento, col. penult. num. 22. lib. 4. Aretino cons. 95. in fine, Decius in l. certi condictio, §. si numos, nu. 2. ff. si cert. petatur, Curcio Iunior cons. 52. circa controuersiam, num. 13. & consil. 55 pro haben. num. 9. & 10. & cons. 120. præsuponitur in facto sub n. 4. Afflictis post Andr. de Isernia in constitutio Regni lib. 1. titul. de ferijs, Gozadinus cons. 14. prima facie videtur, n. 8. Ruin. cons. 121. prima donatio, nu. 7. & cons. 174. consideratis, & ponderatis, nu. 1. & 5. Parisius cons. 77. subscripsi per totum, libr. 2. & cons. 12. transactio num. 100. lib. 2. Bertrand. cons. 178. quia difficultas num. 13. lib. 1. Gratus cons. 12. contra quas plures, num. 4. lib. 1. & cons. 67. & si prima fronte, num. 14. cum sequentibus, Augustinus Beroius cons. 4. num. 34. Francisco Bibio in tractat. commun. opinion. lib. 1. opinione 77. donationem stipulans, & opinione 22. notarius passim, vers. Et siue notarius dict. lib. 1. Couarruu. in rub. de testamentis, 3. part. numer. 13. circa medium, Nata cons. 353. num. 5. & latius cons. 315. num. 1. lib. 1. Iacob. Mandel. cons. 36. numer. 1. Ploto in repetit. l. si quando, num. 12. C. Vnde vi.*

20 Y aunque huuo muchos que sintieron lo contrario, es mas comū, y mas recibida esta opinion, como lo afirma, y lo decidio la *Rota apud Farinac. decis. 12. part. 1. in re-*

recentior.ex num. 3.*cum sequentibus*donde lo funda latamente, y refiere para su comprouacion dos columnas de Doctores, y en los terminos en que estamos, fue de la misma opinion el señor *Molina lib*.4.*cap*.2.*ex num*.69. *vsque ad* 78.

21 Y aunque la parte contraria en el pleito passado, para fundar, que doña Ana de Mesa no auia podido reuocar su mayorazho, se valio de dezir, que quando hizo la reuocacion estaua ya acetado por don Francisco su hijo, con el acto que se refiere memor. num.51. fo.25. B. no nos obsta, para lo que queda dicho, pues auuque aqu el acto huuiera sido acetacion expressa, y se tenga por tal, fue el año de 1620. muchos años despues de la dicha donacion, y de los actos que en su aprouacion, y execucion auia hecho la dicha doña Ana; y asi aunque la dicha acetacion obstasse, para que doña Ana no huuiera podido hazer la reuocacion q̃ hizo el año de 627. y 628. mem. num. 55. & 56. no puede obstar para impedir la dicha donacion, pues quando esta se hizo, estaua el dicho mayorazgo, por defecto de la dicha acetacion, en estado de poderse no solo desminuir, y alterar, sino reuocarlo de todo punto.

22 Y con lo dicho queda satisfecho a lo que se puede oponer, ex *l*. 17. & *ex l*.44. *Tauri*, en que se dispone, q̃ las mejoras, ò mayorazgos que se hizieren, se tengan por irreuocables, quando se entrega la possession de los bienes a la persona en cuyo fauor se hizieron, ò a quien tuuiere su poder, ò quando en señal de possession se le huuiera entregado la escritura del dicho mayorazgo ante Escriuano.

23 Porque por las palabras de las dichas leyes se prueua claramente, que la entrega de la possession de los bienes, ò de la escritura de la fundacion, se ha de hazer al mismo llamado al mayorazgo, ò a quien tuuiere su poder, y q̃ no basta entregarsela al Escriuano ante quien

se

se otorga:y assi parece,que los que interuinieron en hazer dichas leyes,se conformaron con la opinion referida,de que la acetacion del Escriuano no es bastante.

24 Y con lo dicho se satisfaze tambien a la replica que se puede hazer en contrario,que por las dichas escrituras quisieron los otorgantes desde luego desapropiarse de los bienes, y que tomasse possession dellos el dicho su hijo, reseruandose solamente el vsufruto; porque demas,q̃ no se halla puesta en dichas escrituras la clausula de *constituto*,como se requeria, para que por ella, censeatur translata possessio;ni la dicha clausula, aunque estuuiera puesta, ni la reserua del vsufruto, ni otra alguna pudiera obrar el dicho efecto de irreuocabilidad,faltando, como queda dicho, la dicha acetacion de don Francisco,ò de otro de los llamados al dicho mayorazgo,vt latè docet *Molina dict.lib.4. cap. 2. nu. 64.*

25 Lo segundo se responde, que aunque huuiera auido la dicha acetacion, y esta pudiera obrar irreuocabilidad del mayorazgo, en quanto a los bienes que se vincularon, especialmente en la primera escritura de fundacion,y se refieren memor. num. 11.fol.8.no pudo quedar irreuocable, respeto de los demas bienes,que se añadieron por la segunda escritura;porque como della consta,*num. 32 fol. 16* dixeron, que tambien querian hazer, y hazian mayorazgo *de todos, y qualesquier bienes,muebles,è raizes, salarios,rentas y frutos derechos,y acciones,auidos,y por auer,y de qualesquier mercedes que su Magestad fuere seruido de les hazer,è hiziere en qualquier manera,y en qualquier tiempo que sea. Y QVE TODO LO QVE DE LO SVSODICHO PROCEDIERE, QVE NO TVVIERE SITVADO,LA IVSTICIA SE LO ENTREGVE A LOS ALBACEAS DE LOS DICHOS SEñORES,QVE POR FIN, Y MVERTE DEL QVE VLTIMAMENTE MVRIERE DE LOS DOS,DEXARE*

SE-

SEñALADOS, Y NOMBRADOS, Y DELLOS COMPREN IVROS, O OTRA RENTA, COMO MEJOR CONVENGA, EN LOS REYNOS DE CASTILLA, LOS QVALES BIENES QVE ASSI COMPRAREN, SEAN TODOS, COMO DICHO ES, VINCVLO, Y MAYORAZGO CON LOS DEMAS, &c.

26 Desta clausula cõsta, q̃ en esta segũda escritura no se vincularõ ningunos bienes especiales, ni ciertos, sino los bienes que tuuiessen, y dexassen situados al tiẽpo de su muerte, ò lo que despues della situassen sus albaceas: y assi aunque estuuiera presente, y acetante el dicho don Francisco, no pudiera auersele entregado possession de aquellos bienes, real, y verdaderamente, nec fictè per clausulam constituti, & reseruatione vsusfructus, porq̃ aun de los bienes ya adquiridos al tiẽpo del contrato, quando son inciertos, no se puede adquirir la possessiõ, ex regul. tex. in *l. 3. §. incertam, ff. de acqnir. possess.* vbi Bart. *Alexand. & communiter DD.* Y assi mucho menos se puede adquirir possessiõ de bienes inciertos, por el acto ficto de tradicion que se obra con la clausula de constituto, y reserua de vsufruto, porque no puede obrar mas la ficcion in casu ficto, quam veritas in casu verò, *§. minor inst. de adoptio. l. filio quem pater, ff. de liber. & posthumis, l. adoptio. ff. de adoption. l. liber homo, ff. de stipulat. seruorum, l. electio. §. si his, ff. de noxalib. actio. & vtrobique Doctores, Menoch. cons. 100. numer. 125. Gratian. discept. forens. tom. 4. cap. 709. num. 6.*

27 Y que por la dicha incertidumbre no puede obrar su efecto la clausula de constituto, tenet Bart. *in d. l. 3. §. incertam, sequitur* Ruin, *cons. 136. num. 8. lib. 1. Aretino & Iass. & alij in dict. §. incertam,* Bursat. *cons. 8. post num. 13.* & post eos omnes optimè *Ludouicus* Morotius *responso 44. per totum,* Riccius *in praxi, 3. part. resolut. 95. numer.*

mer. 1. *& 2. Rota apud Caualer. decis.* 391. *nu.* 1. *& 2. Postius de manut. obseruat.* 20. *num.* 29. vbi alias Rotæ decisiones refert, sequitur *Noguerol allegat.* 14. *n.* 50.

28 Y si aun la possession de los bienes adquiridos, ya por los fundadores al tiempo de la dicha segunda escritura de aumento del mayorazgo, no se pudo transferir por la dicha incertidumbre, mucho menos la de los bienes que entonces aun no auian adquirido, porque como dixeron Bart. *Cuman*, y otros in *l. necessario, ff. de periculo, & commodo rei vendita*, quos refert, & sequitur *Tusch. lit. F. conclus.* 216. *numer.* 28. no puede la ficcion obrar su efecto, si nõ reperiat rem superqua figat pedes tẽpore quo operatur; y assi no se puede por la clausula de constituto, y reserua de vsufruto transferirse possession de bienes, que entonces no estauan adquiridos per constituentem, sic tenent *Dinus in l. hæredes palam,* §. *vltimo, ff. de testamentis*, Bald. *in l.* 1. §. *vltimo quem legit cum l. sequenti, ff. pro socio, & in l. stipulatio hoc modo concepta*, Et ibi etiam *Angel. column.* 2. *vers. Quinimo, ff. de verbor. obligat.* idem *Bald. in cap. cum venissem paulo ante finẽ de restitut. spoliator.* vbi reddit rationem, quod non potest alij possidere plusquam sibi, & *cons.* 337. *in primis videndum est lib.* 1. & *cons.* 166. *à libello, vers. Sed hic aduertendum lib.* 4. *ipse Ange. in l. vltim. column. vltima, vers. Ego alias dixi, C. de pactis, Petr. Vbaldis in repetit. leg. cum duobus,* §. *papinianus, carta* 9. *vers. Circa quartam partem, ff. pro socio, Roman. in d. l.* 3. § *incertam, ff. de adquir. possess. & in l. quamuis,* §. 1. *vers. Et hoc facit, ff. eodem. Corneus cons.* 252. *column.* 2. *vers.* Item *dato. column.* 4. *vers. Et hoc etiam libr.* 3. Bart. *Cæpol in l. irritam, C. de vsucap. pro donat. Guido Pappa cons.* 214. *column.* 3. *vers. Item licet, Casaneo cons.* 39. *in* 2. *dubio in fin. Afflictis decis.* 139. *column.* 3. *vers. Et hæc vera sunt, Tusch. in verbo, Constitutum conclus.* 785. *num.* 44. *& in verbo, Possessio, conclus.* 406. *num.* 46. *&* 57. *Valasco consult.*

166.*num.*11.*tom.*2.*Tomat.decis.*15.*num.*21.*& decis.*35 *num.*33 *& decis.*96 *num.*41.*Farinac.decis.*605.*nume.* 3 *part.*1.*in recentior. Postius dict. obseruation.* 20. *numer.*23.

29 Y hablando en los terminos de la misma ley 17. de Toro, si puede por los modos en ella puestos quedar irreuocable la mejora, ò mayorazgo, respeto de los bienes futuros, y que al tiempo della no los tenian los fundadores, & per consequens, nec verè, nec fictè, se pudo entonces transferir la possession dellos, disputa ex professo la question *Tello Fernandez in dict. l.* 17. *ex nu.* 18. *vsque ad* 24. y le haze tanta dificultad, que en el num. 23. dize, que *libenter in hoc puncto vicem discipuli non discentis amplecteretur*, y no hallando satisfacion bastante al fundamento, de q de bienes inciertos, y no adquiridos, no se puede transferir la possession, parece queda con la opinion, de que respeto dellos, no queda irreuocable la mejora.

30 Y aunque otros sintieron, que la clausula de constituto obra tambien su efecto, respecto de los bienes futuros, aunque no desde luego, sino desde el dia que se adquieren, vt refert *Gutier. lib.* 3. *practicar. quæst.* 65. *numer.* 29. *D. Larrea tom.* 2. *allegat.* 76. *nu.* 18. no nos puede obstar su dotrina; porque la intencion de los fundadores no fue, ni se puede presumir, que la adquisicion de bienes que fuessen haziẽdo, fuessen de tal calidad, que desde el mismo punto que adquiriessen qualquiera cosa, quedassen impossibilitados de poderse valer della, porque de lo contrario se siguiera, que el dia que adquiriessen cien reales, quedassen aquellos desde luego vinculados, y adquirido el dominio, y possession para los sucessores en el mayorazgo, y q de ninguna cosa que se adquiriesse, por pequeña que fuesse, no pudiesse disponer el Dotor Sande, sin consentimiẽto, y licencia de su muger, quod quã alienum sit à mẽte fun-

da-

datorũ, nemo est, qui non videat; y assi el señor *Larea d. alleg. 76. per tot.* hablando en terminos de mejora, ò mayorazgo, que se haze con semejantes clausulas de constituto, y otras de irreuocabilidad, pero confiriendolo para el tiempo de la muerte de los fundadores, funda latamente, que no por esso quedan impossibilitados de contraer deudas mientras viuen, y disponer de dichos bienes; y que las dichas clausulas se han de entender sub tacita conditione, si los dichos bienes al tiempo de la muerte se hallan en poder de los fundadores, y por ser lugar tan copioso, y docto, y no alargar tanto este papel, nos contentamos con referirnos a èl.

31 Y lo dicho es mas llano en nuestro caso, porque nò necessitamos de conjeturas para inferir la voluntad de dichos fundadores, porque ellos la expressaron biẽ claramente en las palabras de la dicha clausula, ibi: *Y que todo lo que de lo susodicho procediere, la justicia se lo entregue a los albaceas, &c.* Et ibi: *Y dellos compren juros, ò otra renta, como mejor convenga, en los Reinos de Castilla: los quales bienes que assi compraren, sean todos, como dicho es, vinculo, y mayorazgo, &c.* De manera, que no quisieron que qualesquier bienes muebles, salarios, rentas, y frutos, derechos, y acciones, y mercedes que su Magestad les hiziesse, quedassen desde luego vinculados sino lo q̃ dellos procediesse; y los dichos fundadores al tiempo de su muerte dexassen situado, ò los que despues de su muerte, sus albaceas situassen, comprando juros, ò otra renta, y en estando comprada, quisieron quedasse vinculada: y assi de ninguna manera quisieron quedar prohibidos mientras viuiessen de poder disponer, y valerse del dinero, rentas, y frutos que fuessen adquiriendo, mayormente, que con dicha prohibicion, tampoco pudieran adquirir, y aumentar bienes para el dicho mayorazgo, vt optimè cõsiderat *Larea*

ria dict. allegat. 78. num. 13. donde dize, que fuera notoria desigualdad, que todos los bienes que los fundadores fuessen acrecentando hasta su muerte, huuiessen de ser en vtilidad, y aumento del mayorazgo, y que él no estuuiesse sujeto a las diminuciones que tambiē podian suceder en vida de dichos fundadores.

32 Y para cōprouacion de lo dicho, es muy a proposito la dotrina de *Calderino consi. 7. de donat.* ibi: *An siquis donat monasterio omnia bona sua inter viuos, quæ habebat tempore donationes, & quæ postea reperirentur tēpore mortis ipsius veniant bona, quæ postea adquirit, & alteri donat antequam moriatur, & dicetur, quod non quia ex quo ista bona non sunt tempore donationes in bonis, & postea non reperiuntur in bonis tempore mortis non censentur primo donata, etiam si teneamus, quod in tali donatione veniant bona postea adquisita iuxta notata, C. quæ res pignori obligari possunt, l. fin. & ff. de auro, & argento legato, l. si ita esset ex quibus sequitur, quod nihil impedimit donationem factam de re medio tempore acquisita*, refert, & sequitur *Tusch. tom. 2. verbo, Donatio, conclus. 648. num. 33.*

33 Y quando contra su voluntad tan expressa, y contra todo lo que queda dicho se pudiera dezir, que los 24ɋ. pesos que los dichos fundadores tenian ya adquiridos quando se hizo la dicha donacion, eran de tal suerte bienes adquiridos al mayorazgo, q̄ no pudiessen disponer dellos, no se puede estender a los 26ɋ. pesos, que con aquel dinero se grangearon, porque esto nūca se adquirio para los dichos fundadores en manera alguna; y asi nūca pudo en ello obrar la dicha clausula de constituto, y las demas, pues a quiē se adquirio fue a sus hijas, mediāte la dicha donacion, por la regla de la *l. 1. & toto tit. C. siquis alteri, vel sibi. l. si ex pecunia, l. si vt proponis, C. de rei vind. l. 49. tit. 5. p. 5. D. Moli. lib. 4. c. 4. n. 34. & 35.* dōde dize, que aūque con dinero de mayorazgo se compre vna cosa, si se declara para quien

quiē se compra, no se adquiere al mayorazgo, sino a aquel para quien se comprò, y assi, auiendose dicho expressamente en la donacion, que todo lo que se adquiriesse con el dinero della, auia de ser para las hijas, nunca pudo el mayorazgo tener derecho alguno a los 26y. pesos que se grangearon con el dinero de dicha donacion: y esto parece tan llano, que no alcançamos razon alguna de dudar, quomodocunque se considere la naturaleza, y calidad del dicho mayorazgo; y aunque huuiera auido acetacion, y faltara todo lo demas que queda dicho.

34 Lo tercero se responde, que respeto de la reserua q̃ en todas las dichas escrituras se puso, no es dudable, que entrambos fundadores, no solo podian desminuir el mayorazgo en la cantidad de dicha donacion, sino en lo demas que quisiessen, y aun reuocarlo de todo punto; y esto se verificò en la dicha donacion, pues aũque suena hecha por solo el Dotor Sande, la consintio tambien la dicha doña Ana de Mesa, no solo con el consentimiento tacito que resulta de no auerla contradicho, teniendo noticia della, *l. 2. §. voluntatem, ff. soluto matrimonio, l. qui tacet, & ibi Decius, &* Ioan. *Andr. de regu. iur. in 6. l. 2. C. de adquir. possess. Caualllino mileloquio 453. Menoch. de præsumptio. lib. 3. præsumption. 9. num. 20. & cons. 2. n. 18. & cons. 246. n. 26. & 259. n. 14. Azor insti. moral. p. 1. cap. 4. in princip. Mario Antonino var. resolut. lib. 1. resolut. 92. num. 6.* & bonus text. *in l. si seruus communes, ff. de donat. inter; quem citat* Menoch. *lib. 6. præsumpt. 99. numer. 15.* Mayormente no siendo la dicha donacion en perjuizio de la dicha doña Ana, sino en fauor de sus hijas, y della misma, por la vtilidad que se le seguia, de que teniendo mayores dotes, se pudiessen casar con mas lustre, y decencia, que fue el fin para que se hizo dicha donacion; y que assi no se puede entender, que el no auerla contradicho en vida

E de

de su marido, fue por el respeto que le tenia, mayormente quando despues de muerto la aprouò expressamente, vt statim dicemus. Con lo qual se excluye qualquiera presuncion (aunque la huuiera) de q̃ el no auerla cõtradicho en vida del marido, fue por respeto suyo, vt benè considerat *Parisius cons. 10. nu. 56. & 57. lib. 1. Menoch. cons. 1. num. 296. & 301.*

35 Y la noticia de la dicha doña Ana se presume, porque viuiendo, y cohabitando con el dicho su marido, y siendo donacion de tan grande cantidad, y para dotes de sus hijas, se presume, que el marido daria quenta della a su muger: y que por las circũstancias de auerse hecho delante de tantos testigos, y ser de tan gruessa cantidad, y estar el donador, y la dicha doña Ana de Mesa, no solo en vn mismo lugar, sino cohabitando en vna misma casa, se deue presumir, que la dicha doña Ana tuuo luego noticia de dicha donacion, tenent *Guidò Papa cons. 23. num. 13. Bart. in l. sicui, § ijsdem, ff. de accusatio. Alex. cons. 213. num. 12. volum. 2. Ancharr. cons. 170. num. 5. & 7. Aretin. cons. 73. nu. 9. Ruin. cons. 47. num. 13. & cons. 165. colum 2. volum. 1.* quos refert, & sequitur, videndus *Guizarello decis. 51. ex numer. 4.* donde en terminos de otra donacion, en que interuinieron dichas circunstancias, funda latamente, q̃ por ellas se deue presumir, auerse tenido noticia della, optime *Rolandus cons. 19. ex num 34. vol. 1. & cons. 4. vol. 2. & cons. 66. ex num. 28. vol. 4. Neuizanis cons. 20. n. 34. Guillermo de iud singular. 119 Surd. decis. 111. num. 14. Mieres 4. part. quast. 2. num. 74.*

36 Y tambien huuo consentimiento expresso de la dicha doña Ana, que resulta de los actos que hizo, en orden a que tuuiesse efecto la dicha donacion, y se refieren en *nuestra primera informacion, ex num. 22. vsque ad 24.* porque quando vltra taciturnitatem interuenit aliquis actus positibus inducitur, & præsumitur con-

sen-

sensus, *Clement. 1. de procurator. Abb. in cap. cum virum in 3. notabili de regularibus, & in cap. non iniuste in penultim. column. in princip. de procurator.* vbi docet, *Quod si vltra taciturnitatem vnus facit aliquem actum, qui videtur venire ad confirmationem eius, quod agitur tunc videtur semper in sui praeiudicium consentire*, Bart. *in l. quo enim, §. 1. ff. rem ratam haberi*, & post eos, *Iass. in l. quae dotis, num. 90. cum sequentibus. ff. soluto matrimo. Gratian. tom. 3. disceptatio. cap. 511. num. 19.* que todas son dotrinas formales para nuestro caso, pues todas las diligencias que hizo la dicha doña Ana de Mesa para que se comprouase la dicha donacion, se endreçauan a que tuuiesse efeto; y el acto vltimo de auer ella, como tutora de sus hijas, cobrado despues en virtud de la executoria del Consejo de Indias, lo que se restaua deuiendo de lo procedido de dicha donacion, fue tābien expressa aprouaciō della, *Bal. cons. 34. n. 1. vol. 2. & cons. 14. vol. 5. Decius cons. 297. n. 2. Tiraquellus de iure constituti part. 3. limitat. 30. num. 12. Bellonus cons. 15. nu. 11.* & cum alijs, *Surd. cons. 157. numer. 23. & 24.* ibi: *Et ex quo vigore dictarum literarum praedictus Augustinus exegit creditum à Benedicto censetur contenta in litteris approbasse, quia qui agit ex contractu illum approbat, &c.*

37 Y quando no se presumiera, que luego, que el Dotor Sande hizo la dicha donacion, la supo, y consintio la dicha doña Ana de Mesa, y solamente dieramos principio a su consentimiento en aquellos actos que hizo despues de la muerte del dicho Dotor Sande su marido, tambien era bastante para verificarse la condicion de las dichas escrituras, de que ambos juntos, y no el vno sin el otro pudiessen reuocar, alterar, o desminuir el dicho mayorazgo, pues de la voluntad del Dotor Sande, no se puede dudar, ni el que perseuerò en ella hasta su muerte, pues no se halla que huuiesse reuocado, ni querido reuocar la dicha donacion, y assi

si se presume que murio con la misma voluntad, *l. eũ qui voluntatem, ff. de probat. l. cum hic status in principio, ff. de donatio. inter; cap. maiores de baptismo; Roman. cons. 295. num. 7. Surd. cons. 136. num. 5.*

38 Con lo qual en qualquier tiempo que huuiesse interuenido el consentimiento de la dicha doña Ana, se verifica que huuo simultaneo consentimiento de entrambos, sin que fuesse necessario que concurriessen en el mismo tiempo, y acto, porque basta que fuesse ex interuallo, *l. si stipulor. §. si in locando, & ibi glos. verb. Non responderit, & verbo, Consentitur, ff. de verb. obligat. Grotus in l. 1. §. qui præsens, nu. 3. ff. de iure iurando; Surd. cons. 371. num. 37. & 38.*

39 Y regularmente en qualquier materia, quando para validad de vn acto, se requiere consentimiento de alguna persona, y sin èl, era nulo, sino se requiere el tal consentimiento ad legitimandam personam facientis actum, seu per modum auctoritatis, basta que el consentimiento sobreuenga despues de hecho el acto, etiam ex interuallo, *Bar. Castrens. Imola, Alexan. & Aretinus in l. si quis mihi bona. §. iussum, vbi etiam Iasson num. 41. ff. de adquir. hæred. Ioan. Andr. & alij in cap. 1. de reb. Eccles. non alien. Imola, Abb. & alij, in cap. cum nos de his quæ fiunt à Prælato sine consensu capitul. Socinus cons. 87. num. 3. lib. 1. Craueta cons. 11. num. 4. Paul. de Castro cons. 290. col. 2. ex princip. lib. 2. Beroius cons. 88. n. 23. lib. 1. Calder. cons. 2. n. 2. Tusch. pract. to. 2. littera C. conclus. 755. n. 3.* & loquendo in donatione Dominicus de sancto Geminiano *cons. 32. n. 7. Ioan. Maria Riminal. cons. 599. num. 2. vol. 3. Tiraquell. de iure mariti glos. 6. nu. 1. Surdus decis. 99. n. 14. Gratian. disceptat. forens. cap. 140. num. 19. & tom. 5. cap. 818. num. 25. & cap. 819. nu. 15. Loterio de re benefi. lib. 1. quæst. 28. numer 158.* & in alienatione feudi facta per vassallum sine consensu domini, quod sufficit si ex post facto Dominus consentiat,

te-

tenet cum pluribus, *Menoch.conf.*1.*num.*405.*& conf.* 38.*num.*32.Rolando *conf.*97.*num.*32.*vol.*1. Y aunque sobreuenga el consentimiento del señor despues de muerto el feudatario, y sea en perjuizio de los interessados, y que pretendian tener derecho al feudo, videndus *Beroius conf.*73.*per totum libr.*1.*precipue ex n.*6.

40 Para lo qual conduce tambien la dotrina de *Bart. in l.Gallus.§.& quid si tantum,num.*14.*verf.Quandoque ipse filius,ff.de liber.& posthum.* que resuelue, que la legitimacion del hijo espurio se puede hazer post mortem patris ex preordinatione ipsius, quando lo pidio en el testamento, y que esta legitimacion perjudica a los herederos abinstestato, que podian serlo, non existente tali legitimatione; quam opinionem sequuntur ibi: *Paul. num.*16.*&* 19. *Socinus Iun.num.*157. *Galliaula nu.*84. *Bologneto num.*243.*&* 254.*Seraphin.decis.*1331.*nu.*11. *Farinac.decis.*74.*num.*7.*part.*2.*in recentior.Gabriel.conf.* 29.*num.*34.*lib.*1.*Lupus de illegit.comment.*3.*§.*5.*num.* 18.20.*&* 21.*Peregrin.conf.*68.*num.*1.*lib.*2. vbi dicit cũ Bartolo tenere communiter DD. *Gratian.tom.*4.*c.*635. *num.*21.*vsque ad* 24.*Fusar.quaest.*408.*num.*20. *Ciriaco tom.*2.*controuer.*206.*ex num.*8.

41 De que resulta, que aunque D. Ana de Mesa no huuiera consentido, y aprobado la dicha donacion en vida de su marido, como se presume que lo hizo, ex dictis supra num. bastaua auerla consentido, y aprobado despues de su muerte, pues el auer dicho en las escrituras, que no pudiessen, el vno sin el otro, alterar, ni reuocar el mayorazgo, fue solo a fin que por sola la voluntad del vno, y contra la voluntad del otro no se alterasse, ni reuocasse el, pero no para que fuesse menester que precisamente in ipso actu, huuiessen de concurrir juntos entrambos, porque aquellas palabras de las escrituras no se pusieron pro forma solemnitatis, sed pro forma iustitiæ, quæ sufficit, vt quomodocunque impleatur, vt *post Menoch.Simon de Pretis.& Zephal.distin-*

guit D. Christophorus de Paz ad leges stili, in l. 200. n. 61. Y assi, de qualquiera manera q̃ interuiniesse el consentimiẽto de entrãbos, como interuino en q̃ tuuiesse efecto la dicha donacion, fue bastante, aunque solo el vno interuiniesse en hazerla, y despues el otro, ex interuallo consintiesse en ella.

42 Y para esto sirue tambien de apoyo la doctrina del señor *Molina lib. 4. cap. 2. num. 77.* donde dize, que aunque el donador se muera antes de auerse aceptado la donacion por el donatario, puede sin embargo hazerse la aceptacion, mortuo donante, quod etiam tenet *P. Molin. de iust. & iur. disp. 264. vers. Iuxta hactenus, Thom. Sãchez de matrim. lib. 1. disp. 6. n. 5. Sebast. Medicis in tract. mors omnia soluit, p. 1. conclus. 99. Guido Papa decis. 214. Anton. Faber. in suo Cod. lib. 8. tit. 6. de reuoc. donat. diffin. 19. Fontan. de pact. nupt. p. 1. claus. 4. glos. 8. num. 7.*

43 Y siendo assi, que como dize el señor *Valençuela cons. 63. ex num. 7.* la donacion requiere para su valor, y firmeza consentimiento de entrambos, tam donantis, quàm donatarij; se sigue, que aunque el consentimiento no sea simultaneo en el mismo acto, sino que el del vno sobreuenga despues, se tiene por bastante; y assi tampoco fue necessario el consentimiento de doña Ana de Mesa en el mesmo acto de la donacion, sino que bastò que la cõsintiesse despues, etiam mortuo marito, con que en quanto a esta partida parece no tiene dificultad alguna la pretension de doña Maria.

44 Y parece q̃ lo ha reconocido assi la parte contraria, y por esso haze mayor esfuerço en redarguir de incierta la dicha donacion, y aunque a esto està bastantemente satisfecho en nuestra primera informacion, ex num. 21. vsque ad 37. se añade, que la donacion puede hazerse por cedula priuada, *l. si aliquid 15. l. si quis argentum, §. si autem, C. de donat. §. alio instit. eodem*, ibi: *Perficiuntur autem cum donator suam voluntatem scriptis, aut sine scriptis manifestauerit*; *Boerio decis. 172. num. 19. part. 1.*

&

& conſ. 22. D. Geronimo de Leon deciſ. Valen. 38. num. 1. lib. 1. Y aſsi, eſtando, como eſtà comprobada la cedula de dicha donacion con los miſmos teſtigos inſtrumentales, que ſe hallaron preſentes, y la firmaron; cõ lo qual no ſolo ſe deue tener por cedula particular, ſino por eſcritura, *ex l. ſcripturas, C. qui potiores, l.* 31. *tit.* 13. *partit.* 5. *& ibi Gregorius Lopez gloſ. fin. Gutier. lib.* 1. *pract. q.* 125. *& lib.* 3. *q.* 102. *D. Couarr. pract. cap.* 22. *numer.* 5. Es ſin fundamento poner duda en la certeza, y verdad de dicha donacion.

45 Como tampoco le tiene el dezir, que el Doctor Sãde la haria ſimuladamente, y por lo que podia ſuceder ſi le viſitaſſen; porque quando ſe hizo la donacion, no auia cauſa, ni ay preſuncion de q̃ pudieſſe tener el dicho recelo, y ſi por eſta cauſa la huuiera hecho, no la hiziera en fauor de ſus hijas, ni por cedula priuada, ſino por eſcritura publica, q̃ nũca neceſsitaſſe de la cõprouaciõ de teſtigos, y en fauor de alguna perſona eſtraña, cõfidente ſuyo, y no hiziera donaciõ, ſino otro genero de cõtrato, q̃ fueſſe mas a propoſito para el fin de la ſimulaciõ: y aſsi el auer hecho donaciõ, y en fauor de ſus hijas, y para q̃ tuuieſſen dotes cõpetẽtes para caſarſe luſtroſamente, a que ſiempre atendio tanto, como ſe reconoce por las miſmas eſcrituras de fundacion de mayorazgo, es lo que mas excluye la preſuncion de ſimulacion, que en contrario ſe opone; y lo que mas la ayuda para que aunque ſe hizieſſe la donacion ſin ſolemnidad alguna fueſſe valida, *ex l.* 6. *C. de dotis promiſ.* ibi: *Ad exactionem dotis, quam ſemel praeſtari placuit, qualiacumque ſufficere verba cenſemus, ſiue ſcripta fuerit, ſiue non etiam ſi ſtipulatio in pollicitatione rerum dotalium minimè fuerit ſubſecuta, l. fin. §. ſancimus, C. de iure dotium, l.* 9. *tit.* 4. *part.* 5. *D. Geronimo de Leon d. deciſ.* 38. *nu.* 1. *& deciſ.* 202. *nu.* 36. *tom.* 2. *Mario Cutello de donat. tract.* 2. *diſcurſu* 1. *ſpec.* 3. 2. *n.* 4. *latè Fabio de Ana conſ.* 108. *n.* 3.

46 A que ſe añade, que la cedula de dicha donaciõ, no

ſo-

solo se ha comprouado con las deposiciones de los testigos que en ella interuinierõ, sino con la escritura publica q̃ hizo Bartolome de Cepeda, vezino, y mercader de Tũxa, a fauor de Pedro Lopez Treuiño, en cuyo poder estauan los 20ꝟ. ducados de la donacion, y a quien mãdò el Dotor Sande se entregasse la restãte cãtidad, y en fauor de Gaspar Lopez Salgado; y con los recibos q̃ al pie de la dicha escritura ay dados por el dicho Gaspar Lopez Salgado, q̃ importan 25ꝟ.844. pesos de oro de 20. quilates, despues de los quales ay vn recibo dado por el mismo Dotor Sãde, su fecha en Sãta-Fè, en 20. de Febrero de 602. en que confiessa, que por mano del dicho Gaspar Lopez Salgado auia recibido del dicho Pedro Lopez Treuiño 26ꝟ. pesos de oro de 20. quilates, *procedidos de las mercaderias q̃ el susodicho comprò en Cartagena de los 32ꝟ. ducados que tenia en su poder de sus hijas, para emplearlos, y los contenidos en la donacion que les hizo en dicha ciudad de Cartagena.* Y con la executoria del Consejo de Indias, que obtuuo doña Ana de Mesa el año de 604. para poder cobrar lo q̃ se restaua deuiendo de la dicha donaciõ, y cõ el poder que remitio para su cobrança, que todos son instrumẽtos ciertos, que califican, y comprueuan la dicha donaciõ, y necessariamente suponen que estaua hecha.

47 Y porque la parte contraria, prosiguiendo el intento de redarguirla, haze argumento, ponderando el tiempo en que se hizo la donacion, y las cobranças de lo procedido della, y la visita del dicho Dotor Sande, y el tiempo en que murio; se aduierte, para que se conozca el engaño que padece, que la visita la començò el Dotor Andres de Salierna Mariaca, y por su muerte la prosiguio por comision particular el Licenciado don Nuño Nuñez de Villauicencio, Presidente q̃ fue de las Charcas, el qual despues de muerto el dicho Dotor Sande, y prosiguiendo la visita començada, despachò comision para que vn Iuez fuesse a cobrar del dicho

cho

cho Bartolomè de Cepeda los 23ʊ.683. pesos que se restauan deuiendo de la dicha escritura, descontadas las pagas que el mismo Gaspar Lopez Trebiño declarò estar hechas al dicho Dotor Sande, que son las de los recibos puestos al pie de dicha escritura, como consta del *mem.n.96.* la qual cobrança no tuuo efecto; y assi se quedò como antes embargada, hasta que se alçò el embargo por el Consejo de Indias, y la cobrò la dicha doña Ana de Mesa.

48 De manera, que segun el tiempo en que se començò la visita, y el en que murio el dicho Dotor Sande, de que tambien consta por los autos, y en que despues se prosiguio la dicha visita se ajusta la verdad del hecho, y que no tiene fundamento alguno la ponderacion que se haze por la parte contraria.

49 Extante lo qual, no se puede dudar, que de los bienes del dicho Dotor Sande, como deuda que quedò deuiendo a sus hijas, por la dicha donacion, se deuen sacar los dichos 26ʊ. pesos que cobrò del dicho Pedro Lopez Trebiño, y los 4ʊ.925. pesos que del mismo dinero de la donacion se pagaron, de costas, y salarios à los Ministros de la dicha visita, por lo qual los dexò de cobrar la dicha doña Ana de Mesa con la dicha executoria del Consejo, pues es principio llano, que las deudas del fundador del mayorazgo, se deuẽ pagar de los mismos bienes del mayorazgo, *l. filius familias. §. diui el 2. delegat. 1. l. Peto. §. prædium. ff. delegat. 2. l. alienationes. ff. faliæ erciscundæ, Bart. in l. pater filium, & in l. marcellus. §. res quæ,* vbi *Roman. nu. 11. Socin. Senior num. 10. ff. ad treb. Peralta in l. 3. §. qui fideicommissum, num. 118. ff. de hered. instit.* & cum pluribus alijs *Fusar. de substit. q. 541. n. 1. & q. 665. D. Molina lib. 1. c. 10. n. 2. & 4. D. Valenç. cons. 60. nu. 80. & 81. Salgado in laberynto creditor. part. 2. cap. 7. num. 43.*

50 Lo qual procede aunque el acreedor sea el mismo su-

sucessor en el mayorazgo, porque sin embargo se le deue pagar su credito de los bienes dèl, *Peregrin. de fideicommiss. art.* 40. *num.* 18. *Intigriol. de fideicommiss. centur.* 3. *quæst.* 73. *num.* 417. *Surdo decis.* 62. *num.* 22. *Hondedeo cons.* 58. *num.* 26. *lib.* 1. vbi plures allegat *Rolando à Valle cons.* 65. *num.* 10. *lib.* 2. *Menoch. cons.* 183. *numer.* 35. *& sequentib.* & cum alijs *Fusar. d. quæst.* 541. *n.* 5. *& quæst.* 665. *per totam*, *quos refert*, *& sequitur* Salgado *dict. cap.* 7. *num.* 44.

51 Lo qual procede aunque la deuda sea de donacion de padre a hijo, porque sin embargo no es visto auerla querido comprehender en el fideicomisso vniuersal, post eriortenent *Parisius cons.* 33. *nu.* 76. *lib.* 3. *Mãtica de coniectur. lib.* 7. *tit.* 8. *num.* 24. *Menoch. de præsumption. lib.* 4. *præsumpt.* 196. *num.* 6. *Intigriol. dict. tract. cent.* 3. *q.* 64. *num.* 5. *Franciscus Marcus decis.* 331. *numer.* 5. y los demas que estan alegados en nuestra *primera informacion num.* 47.

52 Y por la misma razon procede llanamente, auerse de sacar de los bienes de doña Ana de Mesa, por deuda suya, los 18ц.575. pesos de oro de a veinte quilates, que son los que se restauan deuiendo de lo procedido de dicha donacion, y los cobrò despues de muerto su marido, en virtud de dicha executoria del Consejo.

53 Y q̃ la vna, y la otra cãtidad pertenece enteramẽte a la dicha D. Maria Sãde, por lo q̃ tenemos fundado latamẽte en la *primera informacion ex n.* 50. *vsque ad* 55. que quando no fuera tan claro como es, etiam in dubio, se auia de determinar, que la parte que podia tocar a doña Francisca Sande, si se huuiera hallado viua al tiempo que murieron sus padres, se acrecio a la dicha doña Maria su hermana, que fue sola la que sobreuiuio a su padre, y madre, *Ruin. cons.* 28. *nume.* 2. *& cons.* 91. *num.* 15. *lib.* 2. Mantic. *de coniect. lib.* 4. *tit.* 12. *nu.* 31. *Menoch. de præsumptio. lib.* 4. *præsumptio.* 87. *ex n.* 9.

Par-

De los 4U. ducados que doña Maria Sande, y su madre pagaron a su Magestad, por la composicion de la visita del dicho Dotor Sande.

54 De la justificacion desta partida se trata en nuestra *primera informacion ex num. 57.* y a la oposicion que se haze por la parte contraria, diziendo, que auiendose fundado el mayorazgo antes que el Dotor Sande passasse a las Indias, no fue capaz de poderse cargar esta deuda a aquellos bienes, sino que se deuio pagar de los frutos del mayorazgo.

55 Se responde, que las partes contrarias no solamente pretenden por bienes de mayorazgo los especialmente comprehendidos en la primera escritura de fundacion, sino que tambien quieren que lo sean todos los demas que quedarō por muerte del dicho Dotor Sande, y de la dicha doña Ana de Mesa: y assi carece de fundamento, pretender, que aquellos no quedassen sujetos a la paga de lo que se dio por la dicha composicion, de que resultò al mayorazgo tanta vtilidad, pues mediante la dicha composicion, se escusaron las condenaciones, que quiza se hizieran de mayores cantidades, las quales era preciso se sacaran de qualesquier bienes que huuiessen quedado del dicho Dotor Sande, ex supradictis, & ex adductis per *D. Larrea d. alleg. 76.* y tanto menos huuiera quedado para el dicho mayorazgo, ex regul. *l. subsignatum, §. bona, ff. de verb. significat.*

56 Y la dicha cantidad no deuio deduzirse de las rentas del mayorazgo, sino que se deue pagar de los bienes dèl, vt cum *Paulo de Castro cons. 19. column. 2. lib. 2. Marçario cons. 24. & 25. Geronim. Gabr. cons. 124. lib. 1. Menoch. cons. 183. dubio vltimo, Peregrino de fideicomm.*

art.

art.35.num.10.& art.49.num.22. in fin. Intigriolus *dict. centur.3.quæst.73.num.419.tenet Fusar.dict q.541. numer.7.& quæst.665.num.7.* vbi quam plurimos citat. Y aunque en el *num.8* refiere otros por la opinion cōtraria, concluye, his verbis. *Non recedas tamen consulēdo, & iudicando à prima opinione.*

57 Y quando se conoce que fue vtil la transaccion, y que assi lo que se pagò no fue voluntariamente, sino de necessidad, y el posseedor del mayorazgo tomò el dinero prestado, ò quando hizo la paga, protestò, la hazia con intento de repetirlo, fue de la misma opinion el *señor Molin.lib.4 cap.9.vers.Quod si ea transactio,* dō de limita lo que poco antes auia dicho; y en nuestro caso ay prouança plena, que para pagar los dichos 4ʊ. ducados se tomaron prestados, y assi se ajusta a esta dotrina del *señor Molina.*

58 Y que lo dicho proceda aunque el heredero grauado no huuiesse hecho inuentario tenet *Fusar. dict. q. 665.cum* Baldo *in l.si debitor, num. 4. & ibi Socin. Senior, num.9.Decio num.4.Curcio num.14.Purpurato un. 20. Alciato num.12.ff.ad trebell.*& cum alijs pluribus quos ibi refert; y assi no parece ay fundamento para impugnar esta partida.

Partida Tercera.

De los 28.ʊ.75.ducados de las cinco legitimas, y alimentos deuidos a la dicha D. Maria Sāde, y otros quatro hermanos, que murieron en vida de su madre.

59 La justificacion desta partida se funda bastantemēte en nuestra primera informacion ex n.57. vsq; ad 61. y como la cantidad della procede de los alimentos q se señalaron a los hijos, en lugar de lo que les auia de tocar de sus legitimas, y assi siguen la naturaleza, y conseruan la calidad de legitima, vt cum alijs docet

Mo-

Molina lib. 2. cap. 15. num. 2. y la legitima se deue como deuda precisa, *l. Papinianus, §. quarta, & §. quoniã autem quarta, auten. nouissima, C. de inofficios. testamento, §. prohibemus in auten. de trien. & semis, Bald. in l. 2. C. de liber. prater Menoch. de arbitr. casu 149. num. 10. Fusar. q. 296. num. 18.* & ex corporibus hæreditarijs ipsoiure, & absque facto aliquo debetur, *l. quoniam in prioribus, C. de inoffic. test. Fusar. q. 660. num. 10. Merlin. de legitima lib. 3. tit. 2. q. 24. nu. 4.* por esso conserua el derecho, y accion de pedirla, aunque quien la pide sea el mismo successor del mayorazgo, ex latè adductis *per Fusar. dict. q. 665. & 666.* pues si puede el grauado hazerse pago en los bienes del fideicomisso de qualquier deuda que a el se le deua, lo mismo, y con mayor razon ha de ser de lo que se le deue por razon de su legitima, por ser la deuda tan precisa, y priuilegiada.

60 Oponesepor la parte contraria, q̃ aunque lo dicho proceda respeto de los alimentos que los fundadores dexaron señalados a doña Maria, pero en quanto a los que se dexaron a los demas hermanos, se han de tener por bienes del mayorazgo de doña Ana de Mesa, porq̃ auiendo vinculado sus bienes presentes, y futuros, con auer la dicha doña Ana heredado a sus hijos, recayeron las dichas herencias en el vinculo.

61 Pero a esto tenemos satisfecho en nuestra primera informacion, num. 60. con lo que se dispone *in leg. fin. Cod. de remiss. pignoris*, y con la dotrina de *Donelo Arias de Mesa*, y otros que alli se alegan, quibus addimus *Gratian. discept. forens. cap. 38. ex num. 15. Couarruu. lib. 3. var. cap. 12. nu. 2. Matienç. in l. 7. tit. 11. glos. 8. num. 5. lib. 5. Recop. & num. 6.* expendit etiam optimum textũ ad propositum *in l. si a me, ff. ad leg. falcid.* vbi res recuperata non dicitur esse apud recuperantem eo iure, quo prius erat, nec manet obnoxia oneribus, quibus antea, quàm alienaretur, erat abnoxia. Y la razon es,

 por-

porque quando vincularon todos los bienes, tenia ya aquellos en que señalaron los dichos alimentos, y assi no pudieron comprehenderse en el vinculo, y obligacion de los bienes presentes, antes bien quisieron quedassen fuera de vinculo, para los demas hijos; y tampoco pudieron comprehenderse en el vinculo de los bienes futuros, pues en estas palabras no pudieron entender de los bienes que ya tenian, y assi pudo muy bien la dicha doña Ana disponer libremente de las legitimas que heredò de dichos sus hijos, y le tocan à doña Maria, como vnica, y vniuersal heredera de la dicha su madre.

62 Y porque tambien opone la parte contraria, que los alimentos que señalaron los fundadores a sus hijos, se auian de sacar de los frutos del mayorazgo, y q̃ auiendolo administrado doña Ana de Mesa, està obligada doña Maria, como heredera suya, a dar quenta dellos.

63 Se responde, que en esto padece tambien error en el hecho, porque como consta de la clausula de la fundacion, memor. num. 44. los 150ꝧ. marauedis de renta de juro, que dexaron señalados para cada hijo, fueron en propiedad; y estos en la hazienda que entonces tenian, y adelante tuuiessen, ibi: *A todos los quales, y a cada vno dellos, y a los que de oy mas fuere Dios seruido de darnos, como a tales nuestros hijos legitimos, y naturales en la hazienda que al presente tenemos, y adelante tuuieremos, los instituimos, y dexamos por herederos a cada vno en particular en cantidad de 150ꝧ. marauedis de juro de a 14ꝧ. el millar EN PROPIEDAD, PARA QVE SEAN SVYOS PERPETVAMENTE.*

64 Immo, que aunque los dichos fundadores quisierã, no podian dexar los dichos alimentos, sino en propiedad, y sin grauamen alguno, vti cum *Roderico Xuarez, Palacios, Rubios, Gregor. Lopez, Couarrun. & alijs docet*

Molt-

Molina lib. 2. cap. 15. num. 9. 10. & 11. Sesse decis. 26. numer. 47. Mieres de maiorat. 4. part. q. 28. num. 22. Surd. de alimen. tit. 13. q. 1. num. 7. Castillo tom. 5. cap. 62. nu. 94. 101. 111. & 118. Maria de success. legali part. 1. q. 25. artic. 10. num. 1. y lo que los fundadores dexauan a sus hijos, demas de los dichos 150ij. marauedis de renta, fue lo que sobrasse de la renta del mayorazgo en diez años, en la forma que se dispone por la clausula de la fundacion, memor. num. 47. y aquello quisieron que dasse vinculado, con calidad, que los hijos consintiessen, lo quedassen tambien los dichos 150ij. de renta; pero ni esto tuuo efecto, ni los hijos dieron el dicho consentimiento, y assi quedaron los dichos 150ij. de renta de cada vno de los dichos hijos sin grauamen de vinculo, y los heredò la madre, y despues recayeron en doña Maria como su heredera.

Partida Quarta.

De mil ducados que pagò doña Maria por lo que su madre quedò deuiendo al Administrador de su hazienda.

65 Desta partida hablamos en nuestra primera informacion num. 61. y por tenerla por tan llana, que nos parecia, no se pondria duda en ella, no nos detuuimos en fundar su justificacion, la qual es notoria ex sequentibus.

66 Porque en quanto al hecho, que doña Maria pagò estos mil ducados, por trāsacion que hizo con los herederos de Iuan Benito, administrador que auia sido de la hazienda de doña Ana de Mesa, por el alcance q̄ pretendian haziā en las quentas de la administracion, està prouado plenamente por prouāça de testigos, y papeles presentados, memor. nu. 278. vsque ad 285. y

con

con la carta de pago, que se refiere memor. num. 1 2 1. y assi, ni deste hecho se puede dudar, ni duda la parte contraria.

67 Y en quanto al punto de derecho, tampoco puede auer duda, porque las partes contrarias no solo pretenden por bienes vinculados de doña Ana de Mesa los bienes especiales, y señalados, que vincularon por la primera escritura de fundacion, sino todos los demas que quedaron por fin, y muerte de la dicha doña Ana, en virtud del vinculo que por la segunda escritura hizieron de todos sus bienes, auidos, y por auer, que quedassen al tiempo de su muerte, en tāto grado, que por esto quieren que tambien quedasse vinculado lo que procedio, y adquirieron con el vsufruto, que se reseruaron, contra lo que latamente defiende el *señor Couarruuias dict. lib. 3. var. cap. 12. num. 2.* porque desta manera vinieran a quedar intestables; pero aūque fuesse possible la pretension contraria; si doña Ana tuuo por su Mayordomo, y Administrador de sus bienes al dicho Iuan Benito, y este en las quentas le hizo alcance de dos mil ducados (que los mil dellos son los que por concierto se obligò a pagar, y pagò con efecto doña Maria a otro acreedor del dicho Iuan Benito) no se ha de tener la dicha cantidad tanto por deuda de doña Ana de Mesa, quanto por menos hazienda suya, pues si por su muerte, verbi gratia, se hallaron 20ꝰ. ducados de hazienda, los dos mil eran hazienda del dicho Iuan Benito, que los auia puesto en la administracion, y assi no se podian tener por hazienda de doña Ana, ex vulgari. *l. subsignatum, §. bona ff. de verb. sign.* y por esta razon *Carleual tom. 2. de iudicijs, tit. 3. disp. 32.* dize, q̄ se deue preferir a todos el acreedor, ex causa expensarum factarum in bonis debitoris, y lo funda latamente num. 1. ibi: *Et istas expensas iste prius, & ante omnia deducendas, & eo deducto, quod superest, & non amplius censen-*

sendum est debitoris patrimonium, ex quo eius debita sint soluenda, l. quod priuilegium 8. in fin. versic. Planè sumptus causa, ff. de positi, notat Gloss. ibi, verbo, Sumptus, Bart. *in l. quantitas 72. num. 1. ff. ad leg. fal. &c.* Et num. 2. ibi: *Quia quemadmodum fructus non dicuntur, nisi qui deductis expensis supersunt, l. si à patre 36. §. fructus de petit. hæredit. l. fundus qui 51. in principio, ff. fam. erciscun. l. quod in fructus 46. ff. de vsur. l. fructus 7. in princip. ff. sol. matr. & nullus casus interuenire potest, quod hoc genus deductionis impediat, dict. l. fundus qui, notant* Bal. *in l. 1. ex numer. 1. C. de fruct. & litium expensis, &c. Ita neque potest videri patrimonium debitoris, nisi quod superest detractis sumptibus necessarijs ad conseruandam rem familiarem, colligendos, & exigendos fructus; ista enim expensa ipso iure minuũt patrimonium sicut expensæ necessariæ facta in rebus dotalibus minuunt dotem, l. quod dicitur 5. & ibi* Bart. *& in l. quod dicitur 15. ff. de impen. in rebus dotal. fac. Afflictis decis. 359. nu. 2. &c.* Y como arriba dexamos fundado en la partida de los quatro mil ducados, que se pagaron por la composicion de la visita del Dotor Sande; esta partida se ha de pagar, y sacar de los bienes de la dicha doña Ana, y no tiene el posseedor del mayorazgo, que la pagò, obligacion de imputarla en los frutos, y rentas que ha gozado.

Partida Quinta.

De lo que gastò doña Maria en el funeral de doña Ana de Mesa su madre, y en lo que mandò dar por sus seruicios a algunas criadas.

68 Desta partida tratamos en nuestra informacion *numer. 62. & 63.* y alli nos referimos al memorial, en que esta la plena prouança que doña Maria tiene, de lo que montaron los gastos del funeral, y legados, y alli se funda tambien, que entrambas partidas se deuen sacar de

los bienes del mayorazgo, quibus addimus, para en quãto a los gastos del funeral, *Petr. Anton. de Petr. de fideicõmiss. q. 15. numer. 67. Guido Papa q. 496. Paul. de Castro cons. 186. column. 2. lib. 2. & cons. 369. in fine, libr. 1. Menoch. cons. 681. num. 6. & cum alijs Fusar. de substitutio. q. 670. num. 2.*

69 Y en quanto a los legados de las criadas (que verdaderamente no lo son, sino deuda, por auerse dexado por remuneracion de sus seruicios, y assi deuen entrar in detractione æris alieni solutiper fideicommissarium, de quo *Fusar. q. 666. per totam*) quando fueran legados graciosos, que tambien se deuen sacar, y pagar de los bienes del mayorazgo, tenet cum pluribus *Menoch. consil. 183. num. 34. & dict. cons. 681. num. 7.* & cum pluribus *Fusar. q. 667.* el qual en la question siguiente tenet etiã cum pluribus, que se deue presumir, que todas las dichas pagas las hizo el grauado con su dinero propio, quem sequitur *Salgado in laberynt part. 2. cap. 7. nu. 60.* Y assi esta partida tiene la misma justificacion que las demas.

Partida Vltima.

De ocho mil ducados que doña Maria pagò a don Francisco de Eguiluz, y se le deuen restituir con reditos hasta la Real paga.

70 De la justificacion desta partida se trata en nuestra primera informacion, *ex nu. 64. vsque in finem*, y *en la addiccion ex num. 21. vsque in finem*, donde està tan lata, y concluyentemente fundada, q̃ ni se ofrece q̃ añadir, ni la parte contraria opone cosa que necessite de respuesta.

De todo lo qual resulta, la notoria justicia, que doña Maria Sande tiene, para que se le manden pagar todas las partidas sobre que se litiga. Salua, &c.

Ll.do D. Antonio de Castro